

PODER JUDICIÁRIO : enfoque para as soluções alternativas de conflito

ELIANA CALMON ALVES *

Ministra do Superior Tribunal de Justiça

Nos últimos cinquenta anos, o mundo transformou-se radicalmente e, após construirmos o que se pensou fosse o fim da história do homem, com a chegada da democracia plena no mundo ocidental e com a finalização da guerra fria na década de 80, voltou o Planeta a mergulhar em uma profunda crise, provocada pelas fraturas e pelos fragmentos da globalização, trazendo, por conseguinte, as mazelas contra as quais está o mundo a lutar: exclusão social, relativismo cultural, proliferação descontrolada de armas nucleares, atuação de grupos terroristas e, ainda, os rumos preocupantes do avanço científico, especialmente na área da genética.

O homem hoje detém, pelo conhecimento, o poder de vida e morte. E, pelo discernimento, rompeu as fronteiras do mundo político, criando espaços plurirregionais.

Os organismos internacionais não têm sido suficientes para ordenar o planeta, o exemplo mais notável foi o da Sociedade das Nações, e hoje as dificuldades enfrentadas pela ONU no Oriente Médio.

A formação dos espaços plurirregionais é a grande novidade do Estado Político no Século XXI, cujo exemplo maior é a União Européia.

Nesse novo contexto, é natural que o Poder Judiciário, fincado na teoria da divisão clássica de poderes, esteja sendo questionado, seja pelo seu pálido desempenho de intérprete do Direito posto, seja pela postura imparcial que lhe foi exigida ao longo dos anos, a partir de Montesquieu.

O Sistema Político desempenha a função de decidir pela coletividade, enquanto o Sistema Jurídico tem por escopo garantir as expectativas normativas. São aspectos de um mesmo corpo: PODER REPRESENTATIVO.

Nesse enfoque, duas importantes questões não podem ser ignoradas, por estarem interligadas – a primeira diz respeito ao alcance das competências do Judiciário, em uma sociedade complexa, com instituições políticas representativas; a segunda está na avaliação das tendências do Poder Judiciário, nos julgamentos dos processos de interesse para o Poder Público, como parte.

Na lição do Professor José Eduardo Faria, em uma sociedade complexa, temos sistemas especializados, com atuação autônoma, exercendo funções específicas. Todo sistema atua com valores, lógicas, técnicas, procedimentos e linguagem adequados.

No Sistema Político, o valor é a representatividade, enquanto a lógica é o sufrágio, cujo procedimento é o da maioria, em linguagem sempre voltada para a legitimidade.

Por seu turno, o Sistema Econômico tem como valor maior, a eficiência, como lógica, a produtividade obtida pelo procedimento, que é a alocação de recursos, expressa na linguagem da acumulação.

Por fim, o Sistema Jurídico tem como valor básico a segurança jurídica, cuja lógica é a legalidade, expressa por um procedimento formal em linguagem que pode ser traduzida no binômio dado: A deve ser B.

Os elementos próprios de cada sistema não podem sofrer superposição de lógicas, confusão de procedimentos, poluição de linguagem ou corrupção de valores.

Assim, não pode o Judiciário exercer o seu mister, tomando como valor a eficiência de recursos, porque o seu valor básico é a segurança jurídica ou a coerência sistêmica, cuja lógica é a legalidade.

Todas as vezes que a Justiça incorpora elementos estranhos à sua lógica – legalidade –, temos um esvaziamento das garantias, dos direitos fundamentais e da liberdade, e o Sistema Jurídico entra em crise.

Nessa ótica, o Poder Judiciário, epicentro do Sistema Jurídico, deve exercer três funções básicas, concebidas para uma sociedade estável, com normas padronizadas, claras e hierarquizadas: função instrumental, pela qual são dirimidos os conflitos; função política, por meio da qual é exercido o controle social; e, por fim, uma função simbólica, pela qual socializam-se as expectativas quanto à interpretação das leis.

Com esse entendimento, em tradução prática, podemos exemplificar, como o fez o próprio Professor José Eduardo Faria, dizendo que, historicamente, o Judiciário foi concebido no Brasil para preservar a propriedade privada, inserida esta como um direito individual, digno de proteção até mesmo contra o Estado, o fiador da ordem jurídica.

Contudo, em um segundo momento, o Judiciário passou a implementar direitos sociais, com propósitos compensatórios e distributivos. Enfim, vai o Judiciário direcionando-se de acordo com o modelo político traçado pelo conjunto sistêmico: político, econômico e jurídico.

A globalização e os avanços tecnológicos diminuíram distâncias, aceleraram o tempo, dinamizaram a vida, mobilizando os capitais em tal velocidade que resultou na impossibilidade de acompanhamento pela nossa compreensão, disciplinada para um tempo e um espaço, hoje inadequado.

O mundo inteiro ressent-se com o fenômeno, visto que as normas jurídicas vêm perdendo, gradativamente, a capacidade de ordenar e moldar a sociedade. O reflexo imediato desse descompasso está no Poder Judiciário, desguarnecido do padrão que constitui a sua lógica e a sua força: a efetividade da lei, aplicada ao caso concreto.

Os mecanismos processuais de controle dos conflitos não mais conseguem exercer o papel de absorver tensões, dirimir conflitos, administrar disputas e neutralizar a violência. Ao contrário, em muitas hipóteses, a intervenção estatal pelo Judiciário parece mais acirrar as divergências.

O fenômeno atinge a todos, sejam países da common law, que adotam para o Judiciário o sistema de precedentes; sejam nações que, como o Brasil, pautam-se no sistema da legalidade ou da segurança jurídica, a civil law.

As instituições judiciais parecem minúsculas para enfrentar a nova onda de demandas e, pela lentidão e ineficiência, vão perdendo parte da jurisdição. Afinal, o tempo do Judiciário tornou-se incompatível com a velocidade da vida.

As mais significativas conquistas da sociedade civilizada, obtidas, durante séculos, com sangue, lágrimas e sacrifícios pessoais enormes, como o devido processo legal, o contraditório e a ampla defesa, parecem atrapalhar a produção do Direito pretoriano, pelo tempo que demandam na obtenção do resultado.

Vem o Judiciário perdendo a batalha para o tempo, e os tribunais estão sendo substituídos por novos mecanismos de controle, forjados em espaços infra e supra-estatais.

Nítida alteração se faz sentir no Direito Processual, para atender às novas solicitações, preconizando-se, para tanto: redução do

número de recursos judiciais; adoção abundante do princípio da oralidade; finalização do processo nas instâncias inferiores; adoção de súmulas vinculantes; e transformação dos tribunais de cúpula em corte constitucional.

Há, ainda, uma tendência em reduzir-se a coercibilidade do Direito posto, pelos processos de desregulamentação, deslegalização e desconstitucionalização.

Incentivam-se as negociações, os entendimentos e as soluções específicas para cada situação, com mais flexibilidade, com base em uma nova racionalidade, com renúncia de supremacia e universalidade, dando ênfase e preponderância às decisões articuladas e inibidoras de conflitos.

Reconhece-se a necessidade de dar uma solução à demanda estatal, que seja compatível com o tempo, hoje ainda mais precioso pela velocidade da vida moderna, favorecida com os novos meios de comunicação.

O primeiro passo do Estado foi a busca de solução para os seus próprios problemas, criando estruturas estatais menos complexas, como a criação dos juizados especiais.

Os aspectos enfocados que identificam a dificuldade de encontrar uma solução no Judiciário não são características apenas da Justiça Brasileira, pois o mundo inteiro padece com a lentidão da Justiça, embora em um país como o Brasil, de pouca tradição democrática, apresentem-se maiores os problemas de estruturação do Judiciário.

Nos últimos dez anos, os países da common law, dentre os quais se destacam os Estados Unidos, passaram a adotar fórmulas de soluções extrajudiciais para dirimir os litígios, seja por autocomposição, com mediação ou conciliação, seja por heterocomposição, com arbitragem.

Nos Estados Unidos, a experiência encontrou resistência dos juristas mais ortodoxos, mas hoje já não se tem dúvida das vantagens nas soluções alternativas ou soluções extrajudiciais.

Lá, encontramos grandes escritórios de mediadores e árbitros, credenciados pelo Estado e livremente escolhidos pelas partes. Sustentam tais escritórios a credibilidade como instrumento de sobrevivência econômica, captação de clientela e reconhecimento estatal, inexistindo perigo de corrupção ou desalinho institucional.

E, até para os mais tradicionais, encontrou o sistema fórmula segura ao permitir que as partes, não satisfeitas com a solução do mediador ou árbitro, recorram ao Estado-Juiz, sabedoras de que, se a solução ali for idêntica à antecedente, pagará o vencido pesadíssima multa.

O Brasil, até pouco tempo, ainda padecia de preconceitos quanto à adoção de soluções extrajudiciais dos conflitos, não sendo poucos os que viam, na perda de competência do Poder Judiciário, perigo para a segurança dos direitos individuais. Daí as dificuldades enfrentadas, no Supremo Tribunal Federal, pela Lei 9.307/96 – Lei da Arbitragem.

Para se ter uma idéia de como ficamos atrasados na adoção da arbitragem, lembro que, na Espanha, a Lei de Arbitragem é de 23/12/53, enquanto a nossa, de 24 de setembro de 1996, praticamente só pôde ser aplicada em 2000, quando foi liberada pelo STF.

A arbitragem, na lei de 1996, assemelha a sentença arbitral à estatal, abolindo a necessidade de homologação judicial e introduzindo três novidades fundamentais:

1º) instituição da arbitragem por convenção, abrigando o compromisso arbitral e a cláusula compromissória, conforme prevista no art. 3º:

As partes interessadas podem submeter a solução de seus litígios ao juízo arbitral mediante convenção de arbitragem, assim entendida a CLÁUSULA COMPROMISSÓRIA e o COMPROMISSO ARBITRAL;

2º) valoração da sentença arbitral, que passa a ter a mesma eficácia da sentença estatal, não sendo demais lembrar o art. 18:

O árbitro é juiz de fato e de direito, e a sentença que proferir não fica sujeita a recurso ou a homologação pelo Poder Judiciário.

3º) estabelecimento de competência ao STF para homologar sentenças arbitrais estrangeiras, nos termos do art. 102, I, "h", da CF/88, e do art. 35 da Lei 9.307/96:

Para ser reconhecida ou executada no Brasil, a sentença arbitral estrangeira está sujeita, unicamente, à homologação do Supremo Tribunal Federal.

Tal competência, pela EC n. 45/2004, passou ao Superior Tribunal de Justiça.

A Lei da Arbitragem, pela grande maioria dos juristas, foi pautada em postulados realistas, com a intenção de sedimentar definitivamente a sua utilização. Discutir a arbitragem põe em confronto a posição legalista do juiz tradicional e a moderna postura de um Judiciário que não pode mais se recusar a uma mudança radical.

Reformar o Judiciário não é alterar o que aí está. É mudar radicalmente a sua estrutura, inadequada para a explosão de demandas provocadas pelo enfrentamento do Estado pelo cidadão, bem assim os conflitos gerados pelos direitos de quarta geração.

Falar em bioética, biopirataria, escassez de recursos econômicos e outros temas atuais exige dos magistrados postura e meios instrumentais adequados. E, na esfera penal, o processo e julgamento dos sofisticados delitos financeiros, proporcionados pelas infovias eletrônicas, não podem conviver com os conflitos mais simples, nos quais a resistência deve ser deixada por conta dos próprios contendores. Por isso mesmo, há uma multiplicação dos órgãos arbitrais institucionais nos últimos quatro anos, surgindo, a cada dia, novos centros de mediação e arbitragem.

Registre-se que a intervenção do Poder Judiciário para decidir sobre cláusula arbitral tem sido constante.

A cláusula arbitral é uma inserção no contrato, consubstanciada na previsão de que futuros conflitos oriundos do negócio jurídico firmado serão resolvidos por juízo arbitral. Essa cláusula insere-se no princípio da autonomia da vontade e tem o efeito de uma obrigação de fazer, que se resolve em perdas e danos.

Atualmente, uma das discussões nos Tribunais a respeito dessa cláusula é quanto ao reconhecimento da sua eficácia, quando firmada antes da Lei 9.307/96, questionando-se a retroatividade desta lei, que introduziu no Brasil a Justiça Arbitral.

Para uns, a nova lei é de conteúdo processual, devendo-se aplicar a regra de que têm efeito imediato as normas procedimentais, inclusive em relação aos feitos pendentes, nos termos do art. 1.211 do CPC.

Entretanto, há entendimento em sentido contrário, quando examinada a questão pelo ângulo da competência – para proclamar a eficácia da norma que retira a competência do juiz togado somente a partir da sua vigência, sem possibilidade de chancela à cláusula arbitral firmada antes de a ordem jurídica brasileira considerar válida a arbitragem como solução oficial de conflito de interesses.

No STJ, a questão enfrentou divergência:

Em uma das correntes, liderada pelo Ministro Pádua Ribeiro, os contratos que antecederam a Lei 9.307/96, ao pactuarem as partes a utilização da Justiça Arbitral para as controvérsias oriundas do contrato, estabeleceram uma obrigação de fazer que, à época era inexecutível perante a Justiça brasileira, inexecutibilidade que não pode desaparecer em razão do direito superveniente. E, para não deixar sem reprimenda a má-fé do contratante que invoque a não-retroatividade do direito novo, prescreve o Ministro a imposição de uma indenização pelo descumprimento da obrigação de fazer.

A posição divergente, no âmbito do STJ, vem representada pelo Ministro Carlos Alberto Menezes Direito que, em sentido diametralmente oposto, afirma que a cláusula arbitral deve ser examinada à luz do Protocolo de Genebra de 1.923, o qual não distingue cláusula compromissória da cláusula de compromisso de juízo arbitral, o que enseja a aplicação retroativa da Lei de Arbitragem para abrigar, assim, a cláusula de compromisso arbitral.

Entendo que a solução do conflito, em contrato com expressa previsão firmada pelas partes, deve estar vinculada a dois princípios: ao princípio da supremacia da vontade das partes e ao princípio da boa-fé, não sendo possível privilegiar a deslealdade por descumprimento do que foi livremente pactuado. Essa posição foi a que defendi no voto que proferi na SEC 349, perante a Corte Especial, ainda em julgamento.

Cabe, portanto, anotar que, sob o aspecto do processo brasileiro, há distinção entre CLÁUSULA ARBITRAL e COMPROMISSO ARBITRAL, entendendo-se este último como sendo o acordo posterior à avença, pelo qual se objetiva solucionar problema específico, que surge posteriormente, quando já pleiteada e instaurada a tutela por arbitragem.

Anote-se, entretanto, que em relação às arbitragens internacionais não há distinção, pois ambos os compromissos são suficientes para instaurar o juízo arbitral.

Por último, é bom que se faça o destaque para os problemas que podem ser ocasionados com a chamada cláusula arbitral vazia, assim nominada a cláusula de opção pelo juízo arbitral, mas sem indicação dos elementos mínimos necessários à instituição da arbitragem.

A solução está hoje preconizada na Lei de Arbitragem, como previsto no § 4º, do art. 7º, da Lei 9.307/96.

É bom que se advirta da necessidade de, ao ser firmada a cláusula arbitral, fazer-se, de imediato, a nomeação do árbitro, a indicação da sede da arbitragem, o idioma a ser utilizado, em se tratando de contrato internacional, bem como a indicação da lei a ser seguida, o procedimento e também o prazo para ser entregue o laudo.

Os cuidados em destaque evitam o vazio clausular e agilizam a solução do possível conflito.

Ao finalizar essas breves apreciações, não se deve perder de vista a pedra de toque da moderna processualística: simplicidade e instrumentalidade das formas.